

Tilburg University

Een (voorlopig) getuigenverhoor van een in Nederland verblijvend persoon die hier niet woonachtig is ... en waarom dit mogelijk niet werkt

Jansen, René

Published in:
Tijdschrift voor de Procespraktijk

Publication date:
2019

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, R. (2019). Een (voorlopig) getuigenverhoor van een in Nederland verblijvend persoon die hier niet woonachtig is ... en waarom dit mogelijk niet werkt. *Tijdschrift voor de Procespraktijk*, 2019(1), 15-23.
<https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/205008/1001419822>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Een (voorlopig) getuigenverhoor van een in Nederland verblijvend persoon die hier niet woonachtig is ... en waarom dit mogelijk niet werkt

R. JANSSEN*

In deze bijdrage onderzoekt de auteur in hoeverre het mogelijk is om een tijdelijk in Nederland verblijvend persoon tegen zijn zin te laten horen door de Nederlandse rechter, door middel van een voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv of een getuigenverhoor dat wordt gelast op basis van artikel 166 Rv. Zodoende kan een partij de getuigenis van deze persoon verkrijgen voor de bewijslevering in een (toekomstige) Nederlandse procedure. Denkbaar is dat partijen ook met een voorlopig getuigenverhoor de verklaring van deze persoon kunnen verkrijgen ten behoeve van een buitenlandse procedure. Het lijkt erop dat beide manieren van bewijsverkrijging niet strijdig zijn met internationale bewijsverkrijgingsregelingen. Daarnaast biedt het de rechter en de verzoekende partij een aantal voordelen. Echter, het verhoor van een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige kan tot een aantal praktische problemen leiden, waardoor de kans bestaat dat partijen zijn verklaring uiteindelijk alsnog niet kunnen bemachtigen.

1. Inleiding

Stel dat vertegenwoordigers van een Nederlands en een Amerikaans bedrijf in Nederland schikkingsonderhandelingen voeren over een tussen hen lopend geschil. Zij besluiten om daarbij een Amerikaanse mediator in te schakelen. De partijen komen overeen dat alles wat tijdens deze sessies tussen hen besproken wordt, vertrouwelijk dient te blijven. Na verloop van tijd blijkt echter dat de schikkingsonderhandelingen op niets uit zullen lopen. Het Nederlandse bedrijf dagvaardt vervolgens het Amerikaanse bedrijf ten overstaan van de Nederlandse rechter, en verzoekt de rechtbank om de mediator – waarvan duidelijk is dat deze slechts gedurende een korte periode in Nederland zal verblijven en niet bereid is om een verklaring af te leggen – op te roepen als een getuige. De vraag rijst daarbij in hoeverre de rechtbank bevoegd is om een dergelijk verhoor

te gelasten, temeer omdat een verschoningsrecht voor mediators – in tegenstelling tot in een aantal Amerikaanse staten¹ – naar Nederlands recht niet wordt erkend.² Dit betekent dat indien het Nederlandse bedrijf de mediator door de Nederlandse rechter kan laten horen, het wellicht³ zijn verklaring als bewijs kan verkrijgen, terwijl dit mogelijk anders zou zijn geweest als het getuigenverhoor in de Verenigde Staten zou zijn gelast.

Buitenlandse getuigen, niet zijnde partijgetuigen, worden normaliter namelijk gehoord door de rechter

* Mr. R. Jansen is als promovendus verbonden aan het departement Privaatrecht van Tilburg University.

1. Zie bijv. D.M. Spencer, 'Why Using the Jaffee Balancing Test Can Stabilize the Predictability of a Federal Mediation Privilege', *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (32) 2017, p. 312-319.

2. HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, NJ 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen.

3. In dit fictieve voorbeeld zou de mediator geen verschoningsrecht toekomen op grond van artikel 7 Mediationrichtlijn (Richtlijn 2008/52/EG van het Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PbEU 2008, L 136/3)). Vgl. E.J.M. van Beukering-Rosmuller & P.C. van Schelven, *De implementatie van de Europese mediationrichtlijn in het Nederlandse recht: juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013, p. 20, voetnoot 47.

van het land waarin zij wonen.⁴ Soms kan bij partijen echter de behoefte bestaan om het verhoor van de niet in Nederland woonachtige getuige door de Nederlandse rechter te laten afnemen. Dit is voor partijen vooral gunstig wanneer het horen van de getuige door de Nederlandse rechter een goedkopere of snellere methode is, in vergelijking met de bewijsverkrijgingsmethoden uit de EU-bewijsverordening⁵ en het Haagse Bewijsverdrag.⁶ Daarbij wordt de Nederlandse rechter mijns inziens in ieder geval in staat geacht om het verhoor in het Engels te kunnen afnemen.⁷ De jurisprudentie toont aan dat Nederlandse rechters in een aantal zaken in het buitenland wonende personen hebben gehoord, om zodoende de verklaring van een partijgetuige⁸ of een derde⁹ te verkrijgen ten behoeve van een in Nederland gevoerde civiele procedure. Daarnaast zouden partijen – zoals beschreven in het hierboven vermelde fictieve voorbeeld – op die manier kunnen proberen om buitenlandse geheimhoudingsbepalingen te omzeilen, of om met de hulp van de Nederlandse rechter de verklaring van een getuige te verkrijgen ten behoeve van een buitenlandse civiele procedure.

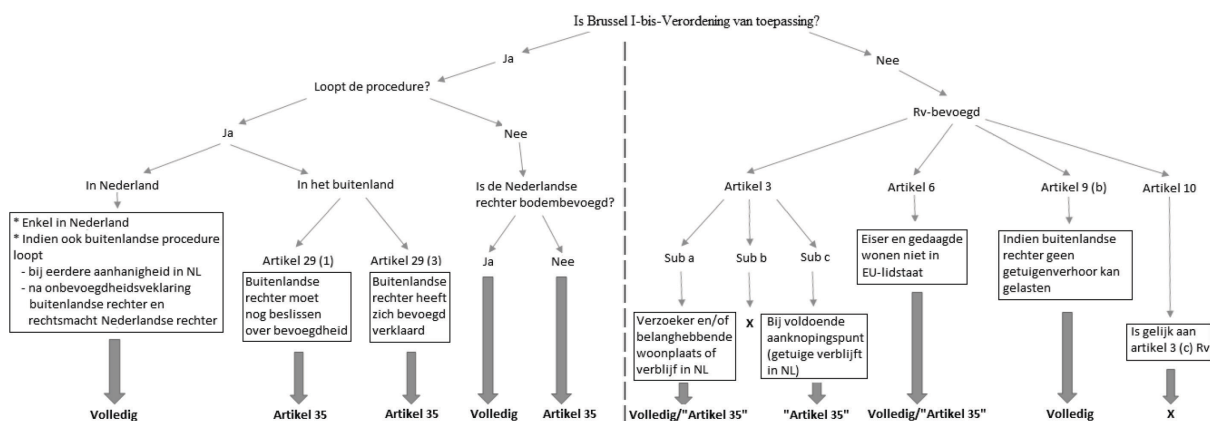
Ten aanzien van het laatstgenoemde doel zou men kunnen stellen dat een voorlopig getuigenverhoor enkel door de Nederlandse rechter mag worden gelast, wanneer het betrekking heeft op een Nederlandse bodemprocedure. De Hoge Raad heeft namelijk geoordeeld dat een voorlopig getuigenverhoor alleen toelaatbaar is wanneer het ziet op ‘een geding voor de burgerlijke rechter’.¹⁰ Dit lijkt te impliceren dat de Hoge Raad hiermee alleen de Nederlandse burgerlijke rechter voor ogen heeft gehad. Echter, tegelijkertijd heeft de Hoge Raad ten aanzien van artikel 843a Rv geoordeeld dat inzageverzoeken niet enkel kunnen worden gedaan ten behoeve van een Nederlandse procedure, omdat een dergelijke ‘territoriale beperking’ niet volgt uit de tekst van artikel 843a Rv.¹¹ Eenzelfde redenering zou in dat geval mogelijk ook kunnen worden doorgetrokken naar artikel 166 en 186 Rv, omdat een dergelijke

beperking ook niet uit deze bepalingen volgt. Dit zou dan kunnen betekenen dat het voorlopig getuigenverhoor ook door partijen kan worden gebruikt voor de bewijslevering in een (toekomstige) buitenlandse procedure.¹² Volledigheidshalve merk ik wel op dat in dat geval afbreuk wordt gedaan aan artikel 155 Rv – waaruit volgt dat het in principe de bodemrechter is die de getuige hoort¹³ – en dat dit mogelijk tot gevolg heeft dat de Nederlandse rechter zich mengt in een buitenlandse procedure.¹⁴

In deze bijdrage onderzoek ik of de rechter bevoegd is om twee categorieën personen – namelijk *Nederlanders* die officieel in het buitenland wonen en *buitenlanders* die officieel niet in Nederland wonen – als een getuige te horen op basis van artikel 166 en 186 Rv, wanneer deze personen *tijdelijk* in Nederland verblijven. Uiteraard ziet het in deze bijdrage onderzochte probleem enkel op het geval waarin de in het buitenland woonachtige getuige niet bereid is om op een vrijwillige basis zijn verklaring aan partijen te overhandigen. Door een toegenomen grensoverschrijdende mobiliteit van personen brengen veel in het buitenland wonende personen een of meerdere keren per jaar een *tijdelijk* bezoek aan Nederland. Hierbij doel ik niet alleen op toevallig passerende internationale zakenlieden, maar bijvoorbeeld ook op buitenlandse werknemers,¹⁵ uitwisselingsstudenten¹⁶ en vreemdelingen die in afwachting zijn van een verblijfsvergunning.¹⁷ Door verschillende auteurs is terloops opgemerkt dat de Nederlandse rechter ook de bevoegdheid heeft om tijdelijk in Nederland verblijvende personen als een getuige te horen,¹⁸ zonder dat zij daarbij hebben aangegeven waarop deze bevoegdheid gebaseerd is en tot hoever deze bevoegdheid strekt.

Of de Nederlandse rechter de bevoegdheid heeft om een getuigenverhoor ex artikel 166 of een voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv te gelasten ten aanzien van een niet-meewerkende en tijdelijk in Nederland verblijvende getuige, is mijns inziens afhankelijk

4. Vgl. J.M. Hebly, *Verkrijging van getuigenbewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 12-16 en 28.
5. Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken (Haags Bewijsverdrag), *Trb.* 1979, 38. Dit verdrag geldt ook in relatie tot het voorlopig getuigenverhoor, zie artikel 1 lid 2 Haags Bewijsverdrag en G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Bewijs* (Pitlo Deel 7), Deventer: Kluwer 2014, nr. 135.
6. Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken (*PbEG* 2001, L 174/2). De verordening is ook van toepassing op het voorlopig getuigenverhoor, zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28993, 3, p. 2 (MvT).
7. In de overige gevallen kan de Nederlandse rechter een tolk inschakelen. Zie G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 162. Vgl. HR 15 januari 2016 ECLI:NL:HR:2016:65, r.o. 3.4.4, *NJ* 2017/382, m.nt. H.J. Snijders (*Autohandel*).
8. Zoals HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:36, *NJ* 2013/553, m.nt. Strikwerda.
9. Zie bijv. Rb. Den Haag 13 februari 2012, zaaknummer 408377, *HA RK* 11-736 (ongepubliceerd); Hof Den Haag 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2704 (*Lidl/Distributie Unit c.s.*) en HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU6545, *NJ* 2012/128, m.nt. M.V. Polak (*Roucar Gear Techn/4Stroke*).
10. HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1433.
11. HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8510, r.o. 3.5, *NJ* 2013/286 (*ADIB/Fortis Bank*).
12. Vgl. Rb. Amsterdam 14 juli 1989, ECLI:NL:RBAMS:1989:AC367, r.o. 2, *NJ* 1991/551 en E.F. Groot, *Het voorlopige getuigenverhoor* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 87: zij merkt ten aanzien van het voorlopig getuigenverhoor op dat een verzoekende partij de Nederlandse rechter hier ook om kan vragen ‘als de rechter die vermoedelijk bevoegd zal zijn van het toekomstig geding kennis te nemen een buitenlandse rechter is’. Contra: P. Vlas, annotatie bij HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1683, *NJ* 1998/414, par. 4 (*Saueressig/Forbo*).
13. Zie De Groot 2015, nr. 196.
14. Vgl. J.J.M. de Ly, ‘Het Wetsvoorstel modernisering van het arbitragerecht en de internationale arbitrage’, *TvA* 2013/38, afl. 4.
15. HR 17 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1832, *V-N* 1996/2131, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
16. HR 28 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2750, *V-N* 1999/24.20, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (naar analogie).
17. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1836, *BNB* 1996/161, m.nt. W.A. Sinnighe Damsté; CRvB 7 september 1994, ECLI:NL:CRVB:1994:AL0461, *RSV* 1995/245.
18. Zie B.J. van het Kaar, *IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging* (Recht en Praktijk 163), Deventer: Kluwer 2008, p. 69 en 75; De Groot 2015, nr. 109.



Bevoegdheid van de Nederlandse rechter om een (voorlopig) getuigenverhoor te bevelen.

van een drietal voorwaarden. Allereerst moet, waar het gaat om een verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor, de rechter in internationale civiele procedures rechtsmacht hebben over het geschil. Ten tweede moet voldaan zijn aan de vereisten die gelden voor het gelasten van een getuigenverhoor op basis van artikel 166 Rv respectievelijk een voorlopig getuigenverhoor op grond van artikel 186 Rv. Tot slot moet het mogelijk zijn om dwangmiddelen tegen de tijdelijk in Nederland verblijvende persoon uit te oefenen. In deze bijdrage zullen de drie voorwaarden nader worden toegelicht. Daarnaast zal ik ook aangeven in hoeverre de Nederlandse rechter verplicht is om een getuigenverhoor ex artikel 166 Rv, dan wel een voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv, van een tijdelijk in Nederland verblijvend persoon te gelasten. Ook ga ik in op de praktische problemen die zich bij het gelasten van een dergelijk verhoor kunnen voordoen.

2. Eerste voorwaarde: soms is rechtsmacht vereist bij het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor

2.1. Rechtsmacht hoeft enkel te worden bepaald in het kader van internationale procedures

Er is nog niet eerder onderzocht in hoeverre de Nederlandse rechter bevoegd is om een getuigenverhoor tijdens een Nederlandse bodemprocedure of een voorlopig getuigenverhoor, al dan niet tijdens een Nederlandse bodemprocedure, te gelasten ten aanzien van een tijdelijk in Nederland verblijvend persoon. Om de bevoegdheid van de rechter in deze gevallen nader te kunnen bepalen, dient allereerst te worden nagegaan of – indien een partij de rechter verzoekt om een voorlopig getuigenverhoor gelasten – dit verzoek wordt gedaan in het kader van een internationale civiele procedure. In dat soort zaken is het namelijk van belang dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft.¹⁹ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft de bevoegdheid van de rechter om voorlopige maatregelen te ne-

men in internationale procedures daarnaast aanzienlijk beperkt, voor het geval waarin deze rechter niet bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. Daarmee wil het Hof voorkomen dat een rechter die niet internationaal bevoegd is (en dus geen rechtsmacht heeft), door een van de partijen wordt verzocht om bewijsmaatregelen te gelasten op grond van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening.²⁰ Op die manier zouden deze partijen namelijk de EU-Bewijsverordening kunnen omzeilen, wat volgens het Hof van Justitie leidt tot onzekerheid onder de EU-burgers en een verstoring van de interne markt.²¹

Wanneer de procedure echter ziet op een puur nationaal civielrechtelijk geschil, doet de vraag naar rechtsmacht zich niet voor. Dan is enkel van belang dat de rechter absoluut en relatief bevoegd is om het voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv, dan wel het getuigenverhoor ex artikel 166 Rv, te gelasten (zie paragraaf 3). Vooralsnog bespreek ik daarom enkel de vraag wanneer de Nederlandse rechter bevoegd is om een voorlopig getuigenverhoor te gelasten ten behoeve van een internationale civiele procedure. In dat verband kunnen mijns inziens de situaties worden onderscheiden zoals weergegeven in het schema boven aan deze pagina.

2.2. Het bepalen van rechtsmacht wanneer de Brussel I-bis-Verordening van toepassing is

Wanneer de internationale civiele procedure onder de Brussel I-bis-Verordening valt en deze procedure reeds wordt gevoerd bij de Nederlandse rechter, is de rechtsmacht van de rechter een gegeven. In dat geval heeft de rechter zijn rechtsmacht kunnen ontleen aan artikel 4 of een van de artikelen 7-26 Brussel I-bis-Verordening en heeft de rechter een onvoorwaardelijke bevoegdheid om voorlopige bewijsmaatregelen te treffen – zoals het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor – voor zover zijn interne recht hiertoe de mo-

19. Vgl. Groot 2015, nr. 75.

20. Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.

21. HvJ EG 28 april 2005, ECLI:EU:C:2005:255, r.o. 18-19, *NJ* 2006/636, m.nt. PV (*St. Paul Dairy/Unibel*).

gelijkheid biedt.²² De rechter heeft deze onvoorwaardelijke bevoegdheid ook wanneer er zowel in Nederland als in het buitenland eenzelfde procedure aanhangig is gemaakt, en partijen de procedure eerder bij de Nederlandse bevoegde rechter aanhangig hebben gemaakt. Hetzelfde geldt voor het geval waarin een eerder aangezochte buitenlandse rechter oordeelt dat hij geen rechtsmacht over het geschil heeft onder de Brussel I-bis-Verordening en de later door partijen aangezochte Nederlandse rechter meent dat hij wél rechtsmacht heeft.²³

Wanneer de Brussel I-bis-Verordening van toepassing is en de Nederlandse rechter in het kader van een internationale civiele zaak – die door de partijen in het buitenland aanhangig is gemaakt – door een belanghebbende partij verzocht wordt om een *voorlopige* bewijsmaatregel te treffen, geldt mijns inziens het volgende. Op grond van de litispendingregeling uit artikel 29 Brussel I-bis-Verordening moet de Nederlandse rechter zijn bevoegdheidsuitspraak aanhouden, waardoor hij op dat moment geen rechtsmacht heeft over het geschil. Dit geldt zowel voor de situatie waarin het inhoudelijke geschil bij de buitenlandse rechter aanhangig is gemaakt, maar deze rechter nog niet over zijn rechtsmacht heeft geoordeeld (artikel 29 lid 1 Brussel I-bis-Verordening), als wanneer de buitenlandse rechter zich reeds bevoegd heeft verklaard (artikel 29 lid 1 Brussel I-bis-Verordening). Op grond van de jurisprudentie die het Hof van Justitie heeft gewezen ten aanzien van de voorlopers van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening, moet mijns inziens in beide gevallen worden geconcludeerd dat de Nederlandse rechter alleen een voorlopige bewijsmaatregel mag treffen die een bewarend karakter heeft.²⁴ Dit betekent dat een voorlopig getuigenverhoor dat door een belanghebbende partij wordt verzocht en dat niet als doel heeft om bewijs veilig te stellen, maar om proceskansen in te schatten, niet op grond van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening door de Nederlandse rechter kan worden gelast.²⁵

Wanneer zou een voorlopig getuigenverhoor in dat kader als *bewarend* kwalificeren? Mijns inziens is dit bijvoorbeeld het geval wanneer het risico bestaat dat de getuigenverklaring door een snel verslechterende gezondheid van de getuige niet verkregen kan worden door een buitenlandse rechter (op basis van zijn procesrecht of via een verzoek dat hij aan een Nederlandse instantie doet op grond van een internationale bewijsregeling).²⁶ De Nederlandse rechter zou dan met toestemming van partijen een voorlopig verhoor van deze

getuige kunnen afnemen in hun afwezigheid. Partijen zouden dan mijns inziens wel een aantal schriftelijke vragen aan de rechter mogen overleggen. De Nederlandse rechter kan vervolgens zijn bevindingen in een proces-verbaal vastleggen op grond van artikel 180 lid 1 Rv en afspreken met partijen dat hij het proces-verbaal alleen aan de buitenlandse bevoegde rechter zal openbaren, nadat de Nederlandse rechter van hem een verzoek daartoe heeft ontvangen. Dit doorstaat mijns inziens de toets van artikel 6 EVRM.²⁷ Op deze manier is er naar mijn mening sprake van een bewarend voorlopig getuigenverhoor, waarbij de verzoekende partij niet de mogelijkheid heeft om zijn proceskansen in te schatten op basis van de door de getuige afgelegde verklaring.

Verder moet bij het gelasten van een dergelijke bewarende maatregel ook zijn voldaan aan het vereiste van een reële band tussen de verzochte voorlopige maatregel en het gerecht dat door partijen gevraagd is om deze maatregel te bevelen. Dit zal mijns inziens in het kader van het voorlopig getuigenverhoor enkel het geval zijn wanneer de buitenlandse getuige zich daadwerkelijk op het Nederlandse grondgebied bevindt.²⁸ Volledigheidshalve merk ik op dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om het voorlopig getuigenverhoor te gelasten onder artikel 35 Brussel I-bis-Verordening nader moet worden bepaald aan de hand van artikel 10 jo. 187 Rv.²⁹ Uit artikel 187 lid 1 Rv volgt in dat verband dat de Nederlandse rechter bevoegd is om een voorlopig getuigenverhoor af te nemen van een getuige die binnen zijn rechtsgebied *verblijft* (meer hierover volgt in paragraaf 3.3).

Indien de internationale procedure nog niet aanhangig is gemaakt bij de Nederlandse of buitenlandse rechter maar de Brussel I-bis-Verordening wel van toepassing is, dient de Nederlandse rechter na te gaan of hij theoretisch bevoegd is om van het geschil – dat tussen partijen speelt – kennis te nemen. Indien dit het geval is, heeft de Nederlandse rechter in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie een onvoorwaardelijke bevoegdheid om voorlopige bewijsmaatregelen te nemen. Wanneer de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft over het geschil, is het eventuele voorlopig getuigenverhoor dat hij beveelt wel onderhevig aan de beperkingen die volgen uit de rechtspraak

22. HvJ EG 17 november 1998, C-391/95, ECLI:NL:XX:1998:AD2958, r.o. 19 en 22, NJ 1999/339, m.nt. PV (Van Uden/Deco-Line). Zie ook HvJ EG 27 april 1999, C-99/96, ECLI:NL:XX:1999:AD3042, r.o. 40-41, NJ 2001/90, m.nt. PV (Mietz).

23. Ibili, in: *T&C Rv* 2018, art. 29 Brussel I-bis, aant. 5.

24. HvJ EG 28 april 2005, ECLI:EU:C:2005:255, r.o. 13, NJ 2006/636, m.nt. PV (St. Paul Dairy/Unibel) en M.V. Polak, annotatie bij HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU6545, NJ 2012/128, par. 5-6 (Roucar Gear Techn/4Stroke). Sommige auteurs lijken te menen dat een voorlopig getuigenverhoor per definitie niet door een partij kan worden verzocht op grond van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening, zie bijv. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 31 Brussel I, aant. 2.

25. Zie overweging 25 van de considerans van Brussel I-bis-Verordening.

26. Vgl. Rb. Amsterdam 16 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:2429, r.o. 3.9.2 en Groot 2015, nr. 247 en 386.

27. Vgl. J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3350, NJ 2004/4, par 10 (Lightning Casino) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, NJ 2009/451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf).

28. M.V. Polak, annotatie bij HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU6545, NJ 2012/128, par. 6.2 (Roucar Gear Techn/4Stroke).

29. Ibid. Zie ook HvJ EG 17 november 1998, C-391/95, ECLI:NL:XX:1998:AD2958, r.o. 20, NJ 1999/339, m.nt. PV (Van Uden/Deco-Line): '(...) het houdt in, dat ook indien een gerecht niet bevoegd is kennis te nemen van het bodemgeschil, het voorlopige of bewarende maatregelen kan gelasten, mits het maatregelen betreft die kunnen worden bevolen krachtens de wetgeving van de staat van de rechter bij wie de vordering wordt ingesteld.'

die het Hof van Justitie ten aanzien van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening heeft gewezen.³⁰

2.3. Het bepalen van rechtsmacht wanneer de Brussel I-bis-Verordening niet van toepassing is

Als de Brussel I-bis-Verordening niet van toepassing is – en de andere rechtsmachtinstrumenten inzake burgerlijke en handelszaken buiten beschouwing worden gelaten – dient mijns inziens te worden nagegaan of de rechter rechtsmacht heeft op grond van artikel 3 of 6 Rv, wanneer een belanghebbende partij de rechter verzoekt om een voorlopig getuigenverhoor te gelasten.³¹ Artikel 6 is van toepassing, wanneer de gedaagde – en in consumenten, verzekerings- of arbeidszaken de eiser – niet in een EU-lidstaat woont. Dergelijke zaken vallen buiten het bereik van de Brussel I-bis-Verordening maar mogelijk binnen het bereik van artikel 6 Rv.³² Hiervan is bijvoorbeeld sprake in een arbeidsrechtelijke zaak die wordt gestart op verzoek van een niet-Nederlandse werkgever tegen een werknemer die buiten de Europese Unie woont, en die zijn werkzaamheden hoofdzakelijk in Nederland heeft verricht. De Nederlandse rechter heeft in dat geval rechtsmacht over het geschil, en daarmee een onvoorwaardelijke bevoegdheid om voorlopige bewijsmaatregelen te bevelen. Wanneer de partijen de Nederlandse rechter echter op basis van artikel 6 Rv verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor te gelasten ten behoeve van een procedure die in het buitenland aanhangig zal worden gemaakt, mag mijns inziens de Nederlandse rechter enkel een bewarend voorlopig getuigenverhoor gelasten. Deze beperking zal ik nu nader uitleggen aan de hand van artikel 3 Rv.

Op grond van artikel 3 Rv heeft de Nederlandse rechter namelijk ook rechtsmacht over zaken die met een verzoekschrift moeten worden ingeleid, zoals het voorlopig getuigenverhoor.³³ Ingevolge artikel 3 sub a Rv is hij dan internationaal bevoegd wanneer de belanghebbende partij zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Daarbij lijkt het mij gerechtvaardigd om te stellen dat de Nederlandse rechter op basis van artikel 3 sub a Rv alleen een onvoorwaardelijke bevoegdheid heeft om een tijdelijk in Nederland ver-

blijvende getuige middels een voorlopig getuigenverhoor te horen, wanneer de internationale procedure daadwerkelijk in Nederland zal worden gevoerd. Indien het voorlopig getuigenverhoor echter door partijen wordt gevraagd voor de bewijslevering in een buitenlandse procedure – die zij al dan niet reeds aanhangig hebben gemaakt – lijkt het mij in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie ten aanzien van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening terecht om te stellen dat de Nederlandse rechter in dat geval alleen voorlopige bewarende bewijsmaatregelen mag bevelen. Partijen hebben er dan namelijk voor gekozen om de procedure te voeren bij een buitenlandse bevoegde rechter. Wanneer de beperkingen die het Hof van Justitie heeft aangebracht ten aanzien van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening in dit geval analoog worden toegepast op artikel 3 sub a Rv, voorkomt men dat de Nederlandse rechter zich te veel mengt in de buitenlandse procedure.³⁴

Daarnaast kan een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige ook ten behoeve van een (toekomstige) buitenlandse procedure met een voorlopig getuigenverhoor worden gehoord op grond van artikel 3 sub c Rv,³⁵ voor het geval de verzoeker of belanghebbende niet in Nederland woont of er zijn gewone verblijfplaats heeft. Daarvoor is wel vereist dat het door de partij ingediende verzoek voldoende aanknopingspunten heeft met Nederland ingevolge artikel 3 sub c jo. artikel 13 Rv.³⁶ Hiervan is sprake wanneer het bewijs – de te horen getuige – zich (tijdelijk) in Nederland bevindt.³⁷ Daarbij ben ik van mening dat de rechter in het laatstgenoemde geval – naar analogie van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening – ook enkel een bewarend verhoor mag gelasten, omdat hij dan geen rechtsmacht heeft over het geschil waarvoor de getuigenverklaring wordt verkregen.³⁸

Wanneer ten slotte de Brussel I-bis-Verordening niet van toepassing is en er geen rechtsmacht kan worden ontleend aan artikel 3 of 6 Rv,³⁹ kan mijns inziens nog worden nagegaan of de rechter zijn rechtsmacht tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor kan baseren op artikel 9 sub b⁴⁰ of artikel 10 Rv⁴¹. Artikel 9 sub b Rv moet volgens de memorie van toelichting echter op een terughoudende wijze worden toegepast. Deze

30. HvJ EG 17 november 1998, C-391/95, ECLI:NL:XX:1998:AD2958, r.o. 22, NJ 1999/339, m.nt. PV (Van Uden/Deco-Line).

31. Artikel 2 Rv wordt buiten beschouwing gelaten, omdat deze bepaling overeenkomt met artikel 4 Brussel I-bis-Verordening. Zie in dat verband ook artikel 3 sub b Rv, dat om diezelfde reden niet in deze bijdrage wordt besproken. Verder is artikel 6 Rv gebaseerd op de Brussel I-bis-Verordening, maar valt het door mij beschreven arbeidsrechtelijke geschil buiten de reikwijdte van deze verordening. Vgl. P. Vlas & F. Ibili, 'De nieuwe commune regels inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter', WPNR 2003, afl. 6527, par. 3.2.

32. Voor een bespreking van het type zaken dat buiten het bereik van de Brussel I-bis-Verordening valt, maar binnen het bereik van artikel 6 Rv, zie Zilinsky, in: *T&C Rv* 2018, art. 6 Rv, aant. 6-13.

33. Vgl. HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1985: ook een inzageverzoek ex artikel 843a Rv kan worden verzocht door middel van een verzoekschrift.

34. Zie over deze toetsing aan het beginsel van 'point d'intérêt, point d'action' Vlas & Ibili 2003, par. 3.3.1 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 31 (MvT).

35. Zie Groot 2015, nr. 75, voetnoot 5 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 29 (MvT).

36. Zie het soortgelijke vereiste van een reële band tussen de verzochte maatregel en de aangezochte rechter uit HvJ EG 17 november 1998, C-391/95, ECLI:NL:XX:1998:AD2958, r.o. 39-47, NJ 1999/339, m.nt. PV (Van Uden/Deco-Line), dat een reflexwerking heeft op artikel 13 Rv (De Ly 2013, par. 4a).

37. Zie noot 28.

38. De jurisprudentie van het Hof van Justitie aangaande artikel 35 Brussel I-bis-Verordening kan namelijk een rol spelen bij de uitleg van artikel 13 Rv, zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 46 (MvT) en Zilinsky, in: *T&C Rv* 2018, art. 13 Rv, aant. 1.

39. Th.M. de Boer, annotatie bij HR 2 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1063, NJ 2014/468, par. 6.

40. Artikel 9 sub c Rv wordt in het geval van een verzoekschriftprocedure (zoals een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor) reeds gedekt door artikel 3 sub c Rv. Zie Vlas & Ibili 2003, par. 3.4.

41. Zie Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 10, aant. 1.

bepaling ziet allereerst op de situatie waarin geen enkele rechter internationaal bevoegd is om van het geschil tussen partijen kennis te nemen (dit noemt men een ‘negatief jurisdictieconflict’).⁴² Het artikel ziet daarnaast ook op het geval waarin het door een oorlog of natuurramp voor de verzoeker onmogelijk is om op afstand te procederen bij de buitenlandse bevoegde rechter.⁴³ Omdat het doel van artikel 9 sub b Rv is om te voorkomen dat een partij het recht op een eerlijk proces – zoals dat volgt uit artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR – wordt onthouden, vraag ik mij af of dit ook betrekking heeft op de situatie waarin een partij niet de mogelijkheid heeft om de buitenlandse rechter een (voorlopig) getuigenverhoor te laten gelasten. Dit lijkt mijns inziens niet gauw het geval te zijn. Het voorlopig getuigenverhoor valt namelijk niet onder artikel 6 EVRM, omdat daarmee geen burgerlijke rechten en plichten worden vastgesteld.⁴⁴ Daarnaast zal de afwijzing van een verzoek tot het gelasten van een ‘standaardgetuigenverhoor’ enkel in strijd zijn met het beginsel van *equality of arms* onder artikel 6 EVRM, wanneer een soortgelijk verzoek van de tegenpartij wel is of kan worden toegewezen door de desbetreffende buitenlandse bodemrechter. Alleen in het laatstgenoemde geval kan naar mijn mening pas worden gezegd dat de procedure niet eerlijk verloopt.⁴⁵

Het is ten slotte onnodig om te onderzoeken of de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid tot het horen van een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige met een voorlopig getuigenverhoor kan baseren op artikel 10 Rv. Dit komt doordat het voor artikel 10 Rv – dat dient te worden beschouwd als een vangnet⁴⁶ voor rechtsmacht – van belang is dat er voldoende aanknopingspunten zijn met Nederland.⁴⁷ Dit vereiste komt reeds terug in het hiervoor besproken artikel 3 sub c Rv.

3. Tweede voorwaarde: bevoegdheid op grond van Rv

3.1. De getuigplicht geldt voor eenieder

Voordat ik de absolute en relatieve bevoegdheid van de rechter bespreek in relatie tot het gelasten van een getuigenverhoor ex artikel 166 Rv – dan wel een voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv – van een tijdelijk in Nederland verblijvend persoon, sta ik allereerst stil bij de getuigplicht zoals deze volgt uit artikel 165 Rv. Uit deze bepaling, die van overeenkomstige toepas-

sing is verklaard op het voorlopig getuigenverhoor,⁴⁸ volgt namelijk dat *eenieder* verplicht om te verschijnen en te getuigen, mits hij daartoe op een wettige wijze is opgeroepen. De tekst van deze bepaling laat niet blijken dat deze plicht *niet* geldt voor een niet in Nederland wonende getuige. Daarom zijn auteurs het erover eens dat deze getuigplicht ook op een in het buitenland wonende getuige van toepassing is op het moment dat deze persoon zich in Nederland bevindt.⁴⁹ In dat verband merk ik volledigheidshalve op dat de getuigplicht – en de daarmee samenhangende verschijningsplicht – slechts op een select aantal personen *niet* van toepassing is⁵⁰ en dat verschoningsgerechtigden en andere geheimhoudingsplichtigen zich niet aan de verschijningsplicht kunnen onttrekken.⁵¹

3.2. De bevoegdheid om een standaardgetuigenverhoor te gelasten

Wanneer de rechter, indien nodig, geconcludeerd heeft dat hij rechtsmacht heeft, dient hij – enkel in het geval een voorlopig getuigenverhoor wordt verzocht – na te gaan of hij ook op basis van het Rv absoluut en relatief bevoegd is om dit verhoor te gelasten. In het geval een getuigenverhoor ex artikel 166 Rv wordt verzocht door partijen tijdens een lopende procedure, staat namelijk al vast welke rechter absoluut en relatief bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. Op grond van artikel 166 Rv is de rechter in de bodemprocedure namelijk bevoegd om het getuigenverhoor te bevelen. De bepalingen omtrent het getuigenverhoor ex artikel 166 Rv geven daarbij niet aan dat de rechter in zijn tussenvonnis geen getuigenverhoor zou kunnen gelasten ten aanzien van een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige.

Een dergelijke beperking volgt ook niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Volgens dit Hof zijn rechters uit de EU-lidstaten niet verplicht om de procedures van de EU-Bewijsverordening te volgen, indien zij bevoegd zijn om van het geschil kennis te nemen.⁵²

Nederlandse rechters kunnen in dat geval dus de buitenlandse getuige op basis van Rv oproepen om in Nederland een getuigenverklaring af te leggen. Zoals eerder aangegeven toont de jurisprudentie aan dat Nederlandse rechters van deze bevoegdheid in een aantal zaken gebruik hebben gemaakt.⁵³ Daarbij merk ik wel op dat in het buitenland woonachtige getuigen

42. Vlas & Ibili 2003, par. 3.4.

43. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 41 (MvT).

44. Zie HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1683, r.o. 3.4.4-3.4.5, NJ 1998/414, m.nt. P. Vlas (*Saueressig/Forbo*) en HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8295, r.o. 3.3.3, NJ 2010/184 (*ABN Amro/Arts*). Zie ook Groot 2015, nr. 112.

45. Vgl. De Groot 2015, nr. 40 en EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, r.o. 30-35, NJ 1994/534, m.nt. H.J. Snijders (*Dombo/Nederland*).

46. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 43 (MvT).

47. *Ibid.*, p. 46 (MvT).

48. Zie artikel 189 Rv. Vgl. De Groot 2015, nr. 108-109.

49. Vgl. noot 18.

50. Zie bijv. artikel 69(4) Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid.

51. F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht), Maastricht: Gianni 2004, par. 4.4 en H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 233.

52. Zie HvJ EU 6 september 2012, C-170/11 (*Lippens c.s./Kortekaas c.s.*) en HvJ EU 21 februari 2013, ECLI:NL:XX:2013:BZ6985, NJ 2013/554, m.nt. L. Strikwerda (*ProRail/Xpedys*). Dit geldt mogelijk ook in relatie tot het Haags Bewijsverdrag (voor verzoeken tussen Verdragsstaten, niet zijnde EU-lidstaten waarop de Bewijsverordening van toepassing is). Zie R. Jansen, ‘Grensoverschrijdende bewijsverzekrijging door de Nederlandse rechter in strijd met buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplichten. Lessen uit de Amerikaanse discovery-praktijk’, *TCR* 2018, afl. 2, voetnoot 19. Vgl. Rb. Almelo 22 juni 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BQ9130, r.o. 2.3, NJF 2011/304 (*Van de Kant q.q./Gyllentorget*).

53. Zie noot 8 en 9.

niet *verplicht* zijn om in zo'n geval naar Nederland af te reizen,⁵⁴ indien zij geen gehoor willen geven aan deze oproep. Mogelijk zullen partijgetuigen in een dergelijk geval toch aan de oproep gehoor geven, omdat de Nederlandse rechter aan hun weigering om te getuigen de conclusie kan verbinden die hij geraden acht (bijvoorbeeld in het kader van de bewijslastverdeling).⁵⁵

3.3. De bevoegdheid om een voorlopig getuigenverhoor te gelasten

Een belanghebbende of partij kan de rechter ook verzoeken om een *voorlopig* getuigenverhoor te gelasten. Dit verzoek dienen zij te richten aan de rechter die op grond van artikel 187 Rv absoluut en relatief bevoegd is. Ingevolge artikel 187 lid 1 en 2 Rv, is de absoluut bevoegde rechter degene bij wie de bodemprocedure wordt gevoerd of zal worden gevoerd. In het geval dat de procedure nog niet door een partij aanhangig is gemaakt, is de relatief bevoegde rechter degene binnen wiens rechtsgebied de getuige woont of verblijft, of de meeste getuigen wonen of verblijven. Mijns inziens refereert dit niet aan het begrip 'gewone verblijfplaats',⁵⁶ waardoor ik meen dat ook een tijdelijk verblijf hieronder kan worden verstaan. Zo niet, dan is de rechter alsnog bevoegd om een tijdelijk in Nederland verblijvend persoon te horen indien er meerdere getuigen worden opgeroepen die binnen het rechtsgebied van de aangezochte rechter 'woonachtig zijn of verblijven'.⁵⁷

3.4. Overige toewijzingscriteria en weigeringsgronden

Een rechter kan pas een getuigenverhoor van een niet in Nederland wonende getuige op basis van het Rv gelasten, nadat hij een belangenafweging heeft gemaakt op basis van de omstandigheden van het geval.⁵⁸ Hierin dient de rechter naar mijn mening de argumenten die pleiten voor en tegen het uitvaardigen van een rechtshulpverzoek aan een buitenlandse instantie, respectievelijk het bevelen van een getuigenverhoor in Nederland, tegen elkaar af te wegen.⁵⁹

Verder geldt dat het verzoek tot het gelasten van een getuigenverhoor ex artikel 166 Rv dat door een partij aan de rechter wordt gedaan voldoende concreet en ter zake dienend moet zijn.⁶⁰ Bij een verzoek van een belanghebbende partij tot het gelasten van een voorlo-

pig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv mogen er zich geen weigeringsgronden⁶¹ voordoen. Indien aan deze vereisten is voldaan, zal de rechter de getuige (laten) oproepen op basis van artikel 166 respectievelijk artikel 186 Rv.

Daarbij vermoed ik dat het verhoren van een tijdelijke in Nederland verblijvend persoon meestal maar beperkte gevolgen voor deze persoon met zich meebrengt, en daarom niet kan worden afgewezen in het kader van een verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor op de weigeringsgrond 'misbruik van bevoegdheid'.⁶² Mogelijk is dit anders indien partijen zodoende informatie willen verkrijgen die niet in het land waarin de getuige woont, had kunnen worden verkregen.⁶³ Groot meent echter dat de weigeringsgronden bij een verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor sowieso niet van toepassing zouden moeten zijn, indien er een gevaar bestaat dat het bewijs verloren gaat. Anders zou volgens haar de waarheidsvinding in het geding komen.⁶⁴ Van een dergelijk gevaar is mijns inziens sprake wanneer de verklaring van de tijdelijk in Nederland verblijvende persoon niet op grond van een internationale bewijsverkrijgingsregeling – of in het land waarin de getuige woonachtig is – kan worden verkregen.⁶⁵

4. Derde voorwaarde: mogelijkheid om dwangmiddelen toe te passen

4.1. Het oproepen van de getuigen

Een belanghebbende partij kan de getuige op grond van artikel 170 Rv oproepen per aangetekende brief of bij exploit. Artikel 171 Rv bepaalt daarnaast dat ook de rechter de getuige bij exploit kan oproepen wanneer deze persoon niet op grond van een aangetekende brief, die door de belanghebbende partij is verstuurd, is verschenen. Zowel de aangetekende brief als het exploit kan mijns inziens worden betekend op de locatie waar de niet in Nederland woonachtige getuige tijdelijk verblijft of aanwezig is. De termijn die na de oproeping in acht moet worden genomen voordat het (voorlopig) getuigenverhoor op z'n vroegst kan plaatsvinden, bedraagt daarbij ten minste tien dagen op grond van artikel 170 lid 1 Rv. Er moeten met andere woorden minimaal tien dagen zijn verstreken tussen de dag van het verhoor en de dag van de oproeping, waarbij deze twee dagen niet mogen worden meegerekend.

54. Vgl. bijv. Hebly 1994, p. 33 en De Groot 2015, p. 124.

55. HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0877, r.o. 3.4, NJ 1994/344, m.nt. H.J. Snijders.

56. Zie Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 2, aant. 2.

57. Zie artikel 187 lid 1 Rv en Rb. Den Haag 13 februari 2012, zaaknummer 408377, HA RK 11-736, r.o. 2.10 (ongepubliceerd). Vgl. Groot 2015, nr. 87.

58. Zie Hebly 1994, p. 35 en De Groot 2015, nr. 196.

59. Zie voor een bespreking van de belangen die in dat kader moeten worden meegewogen, HvJ EU 6 september 2012, C-170/11, r.o. 32 (*Lippens c.s./Kortekaas c.s.*) en De Groot 2015, nr. 196.

60. Snijders, Klaassen & Meijer 2017, nr. 232 en De Groot 2015, nr. 57-63.

61. Zie Groot 2015, nr. 225 e.v. en De Groot 2015, nr. 223.

62. Vgl. de hiernavolgende noot 86 en bijbehorende tekst. Of de gevolgen voor de getuige ingrijpend zijn, dient naar mijn mening nader te worden bepaald aan de omstandigheden van het geval. Aspecten die mijns inziens in deze afweging moeten worden meegewogen, zijn de duur van het verblijf van de te horen getuige in Nederland en de mate waarin het (voorlopig) getuigenverhoor de getuige ervan weerhoudt om afspraken na te komen of bijeenkomsten bij te wonen die voor hem van belang zijn.

63. Zie Groot 2015, nr. 293-243 en hoofdstuk 8. Mogelijk zou een dergelijk verzoek ook door de rechter kunnen worden afgewezen op grond van een ander, zwaarwichtig bezwaar. Zie *ibid.*, nr. 242 en hoofdstuk 10.

64. *Ibid.*, nr. 248.

65. Zie *ibid.*, nr. 247: van een dergelijk gevaar is sprake wanneer er een 'reëel gevaar bestaat dat de getuige onbereikbaar wordt'.

4.2. Medebrenging van een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige lijkt onmogelijk

Daarin schuilt ook het praktische probleem dat zich voordoet indien partijen een in het buitenland woonachtige maar tijdelijk in Nederland verblijvende getuige willen horen middels een (voorlopig) getuigenverhoor.⁶⁶ Enkel wanneer een getuige namelijk *bij exploit* is opgeroepen en desondanks besluit om niet aan deze oproep te voldoen, kan de rechter op grond van artikel 172 Rv bepalen dat de getuige door de sterke arm naar het gerechtsgebouw moet worden geleid ('medebrenging').⁶⁷ De wet sluit de medebrenging van een tijdelijk in Nederland verblijvende maar niet woonachtige getuige mijns inziens namelijk niet uit.⁶⁸ Echter, op het moment waarop zal blijken dat de getuige niet is verschenen, zijn er in de regel minstens tien dagen verstreken na de dag waarop de getuige is opgeroepen. Dit geeft de getuige genoeg tijd om het land te verlaten, zodat de sterke arm de bevoegdheid verliest om deze persoon – na een daartoe gegeven rechterlijk bevel – naar de zitting te geleiden.⁶⁹ Het is dan voor de autoriteiten niet langer mogelijk om dwangmaatregelen tegen deze persoon uit te oefenen.⁷⁰

In dat verband rijst voorts de vraag in hoeverre het denkbaar is dat onder omstandigheden het voor de rechter gerechtvaardigd zou zijn om deze tiendagentermijn niet in acht te nemen, alvorens hij de medebrenging van een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige beveelt. Hebly meent dat in het kader van het uitvaardigen van een rogatoire commissie door de rechter geen nadere termijn hoeft te worden afgewacht waarbinnen de getuige vrijwillig kan verschijnen, indien de verzoekende partij aannemelijk kan maken dat de getuige aan deze oproep geen gehoor zal geven.⁷¹ Ik ben van mening dat deze situatie niet kan worden vergeleken met het geval waarin een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige tegen zijn zin wordt opgeroepen om te getuigen. Daarnaast dient de rechter, indien hij een bevel tot medebrenging wil uitvaardigen, na te gaan of de medebrenging gezien de zwaarwegende belangen van de zaak vereist is.⁷² Hier lijkt mij niet snel sprake van te zijn wanneer een partij een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige wil horen. Het – veelal financiële – belang waarvoor het getuigenverhoor wordt verzocht, weegt mijns inziens niet gauw op tegen de mogelijke diplomatieke spanningen die een bevel tot medebrenging teweeg kan brengen. Verder kan een dergelijk bevel tot medebrenging – indien het door de rechter wordt bevolen – op gespannen voet komen te staan met het ongeschreven, internationaalrechtelijke

beginsel van hoffelijkheid tussen staten (*comitas*), wat erop neerkomt dat een rechter niet gauw een bewijsverkrijging dient te bevelen in weerwil van buitenlandse wetgeving.⁷³

4.3. Is de rechter altijd verplicht om het verhoor te bevelen?

Ten slotte sta ik stil bij de vraag of de rechter ook daadwerkelijk verplicht is om het getuigenverhoor van een tijdelijk in Nederland verblijvende maar niet woonachtige getuige te bevelen, in elk van de situaties die door mij in paragraaf 2 zijn beschreven. Ik denk dat het niet redelijk is om zo'n persoon door de Nederlandse rechter te laten horen, wanneer duidelijk is dat de procedure niet in Nederland zal plaatsvinden. Het toewijzen van een dergelijk getuigenverhoor vergroot mijns inziens de werkdruk van de rechterlijke macht en leidt tot extra maatschappelijke kosten,⁷⁴ zonder dat daarmee enig Nederlands belang wordt gediend. Uit het arrest dat de Hoge Raad heeft gewezen op 8 juni 2012 ten aanzien van artikel 843a Rv, volgt vooralsnog enkel dat het niet vereist is dat een bodemprocedure reeds in Nederland of het buitenland aanhangig is gemaakt. Wel is het duidelijk dat de Nederlandse rechter over rechtsmacht moet beschikken in het geval van een internationaal geschil.⁷⁵

Mijns inziens lijkt het in ieder geval juist om te stellen – mede in het licht van de rechtspraak die het Hof van Justitie heeft gewezen ten aanzien van artikel 35 Brussel I-bis-Verordening – dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 3 sub c Rv alleen een voorlopig getuigenverhoor van een tijdelijk in Nederland verblijvende getuige mag gelasten, voor zover dit een bewarende maatregel betreft. Zodoende wordt voorkomen dat artikel 3 sub c Rv door partijen wordt gebruikt om (inter)nationale bewijsregelingen te omzeilen, in het geval de Nederlandse rechter niet internationaal bevoegd zou zijn om over het geschil te oordelen. Daarnaast wordt op die manier voorkomen dat de Nederlandse rechterlijke macht onnodig wordt belast.

5. Een onwaarschijnlijke gang van zaken?

Dat het gelasten van een getuigenverhoor van een tijdelijk in het land verblijvende getuige niet een puur theoretische mogelijkheid is, blijkt wel uit de Amerikaanse federale jurisprudentie. In verschillende zaken is een federale rechter door een partij verzocht om te bevelen dat een tijdelijk in de Verenigde Staten verblijvend persoon als een getuige kon worden gehoord.⁷⁶

66. Vgl. Groot 2015, nr. 141-142.

67. Zie De Groot 2015, nr. 112 en Snijders, Klaassen & Meijer 2017, nr. 222: dit is een discretionaire bevoegdheid.

68. Vgl. par. 3.1-3.3 van deze bijdrage en noot 18. Het is echter zinloos om de medebrenging te bevelen, indien de tijdelijke verblijfplaats van de getuige in Nederland onbekend is, zie De Groot 2015, nr. 115.

69. Zie *ibid.*, nr. 113.

70. Vgl. *ibid.*, nr. 115 en 197. In dat geval kan de rechter alsnog een rogatoire commissie uitvaardigen, zie *ibid.*, nr. 197 en Hebly 1994, p. 50. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1792.

71. Hebly 1994, p. 34.

72. Zie Rb. Rotterdam 23 december 1994, ECLI:NL:RBROT:1994:AD2276, NJ 1996/100.

73. Zie mijn bespreking van de *comitas*-leer en het arrest *Aérospatiale* in Jansen 2018.

74. Vgl. R.R. Verkerk, 'De Modernisering van het getuigenverhoor', TCR 2018, afl. 3, p. 74.

75. Zie par. 2 van deze bijdrage en H.B. Krans, annotatie bij HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8510, NJ 2013/286, par. 9 (*ADIB/Fortis Bank*).

76. Vgl. T.B. Robinson, 'The Extraterritorial Reach of 28 U.S.C. § 1782 in Aid of Foreign and international Litigation and Arbitration', *The American Review of International Arbitration* (22) 2011, p. 157, voetnoot 81.

Volgens het gerechtshof van de regio New York kan een rechter zo'n bevel geven, mede in het licht van het leerstuk 'tag jurisdiction'. Deze rechtsmachtsgrond wordt door rechters in sommige common-law-landen gebruikt om rechtsmacht toe te eigenen over een internationaal geschil, zodra de gedaagde hun grondgebied betreedt.⁷⁷ Een dergelijke rechtsmachtsbasis wordt onder de Brussel I-bis-Verordening⁷⁸ en het Rv⁷⁹ als te summier en exorbitant beschouwd, omdat hierdoor de kans bestaat dat andere staten de daaruit resulterende vonnissen niet zullen erkennen.⁸⁰ In de Verenigde Staten wordt de rechtsmachtsgrondslag 'tag jurisdiction' wel erkend. Het Amerikaanse Hooggerechtshof ziet de rechtvaardiging van deze rechtsmachtsbasis in het internationaalrechtelijke beginsel van territorialiteit – een gedaagde valt onder het gezag van de Amerikaanse rechter zodra hij het Amerikaanse grondgebied betreedt⁸¹ – en het feit dat een buitenlander door zijn tijdelijke aanwezigheid op Amerikaanse bodem een aantal rechten verwerft, maar tegelijkertijd ook een aantal plichten jegens de Verenigde Staten aangaat.⁸² In de zaken uit de federale lagere jurisprudentie ging het bijvoorbeeld om het volgende. In *Edelman* verzocht een partij het New Yorkse gerecht om te bevelen dat een Franse directeur van een champagneproducent kon worden gehoord als een getuige, omdat deze directeur een New Yorks museum had bezocht tijdens de periode waarin de partij getuigen in de regio New York mocht ondervragen. De Franse directeur was geen partij in de procedure die in Frankrijk werd gevoerd en waarvoor de verzoeker zijn getuigenverklaring wilde verkrijgen. Het New Yorkse gerecht was zodoende niet bevoegd om van het geschil kennis te nemen, maar had op grond van het federale recht wel de mogelijkheid om te assisteren in de bewijsgaring ten behoeve van deze Franse procedure.⁸³ In een andere zaak die speelde bij ditzelfde New Yorkse gerecht werd de algemeen directeur van een Japanse verzekeringsmaatschappij *Aioi* opgeroepen om te getuigen in een zaak die werd gevoerd tussen *Fortress Re* (een verzekeringsmaatschappij uit North Carolina) en een concurrent van *Aioi*, nadat hij mislukte schikkingsonderhandelingen met laatstgenoemde had gevoerd.⁸⁴ In deze zaak had de Amerikaanse rechter wel de bevoegdheid om de zaak te behandelen, de procedure werd immers al gevoerd in North Carolina. In beide zaken ging het dus niet om een partijgetuige, maar om een derde. Het New Yorkse gerechtshof heeft in dat kader in *Edelman* opgemerkt dat ook tijdelijk in

de Verenigde Staten verblijvende derden op grond van de discovery-mogelijkheden die worden geboden door titel 28 U.S.C. § Sec. 1782 kunnen worden gehoord.⁸⁵ Daarbij merkte dit gerechtshof op dat dit – mede in het licht van het leerstuk 'tag jurisdiction' – maar beperkte gevolgen voor deze getuigen met zich meebrengt, omdat de rechter geen beslissing neemt over hun materiële rechten.⁸⁶ Dit neemt niet weg dat een buitenlandse derde aan zijn getuigplicht onder het Amerikaanse federale recht kan ontkomen, wanneer hij zich naar het buitenland begeeft voordat een partij tot effectuering van de dagvaarding overgaat.⁸⁷

6. Conclusie

In deze bijdrage heb ik een antwoord gegeven op de vraag in hoeverre de Nederlandse rechter de bevoegdheid heeft om een tijdelijk in Nederland verblijvend persoon te horen als een getuige op basis van artikel 166 respectievelijk 186 Rv. Ik heb in dat kader onder meer de betekenis onderzocht van de bepalingen uit het Rv die zien op de rechtsmacht van de rechter, het getuigenverhoor ex artikel 166 Rv en het voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv.

Het blijkt dat de Nederlandse rechter de bevoegdheid heeft, waarbij het van belang is dat hij in een internationale civiele procedure tevens beschikt over rechtsmacht. Verder moet een door de rechter gegeven bevel tot het gelasten van een getuigenverhoor tijdens een in Nederland aanhangig gemaakte procedure, dan wel tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor, voldoen aan de vereisten uit artikel 166 respectievelijk 186 Rv. Het grootste praktisch probleem ten aanzien van het gelasten van een (voorlopig) getuigenverhoor van een tijdelijk in Nederland verblijvend persoon, schuilt in het feit dat er minstens tien dagen moeten verstrijken tussen de dag van de oproeping en de dag waarop het verhoor plaatsvindt. Zodoende heeft een buitenlandse getuige, die niet ten overstaan van de Nederlandse rechter wil verschijnen, genoeg tijd om het Nederlandse grondgebied te verlaten. Daarnaast lijkt het mijns inziens gerechtvaardigd om te stellen dat de Nederlandse rechter enkel een voorlopig getuigenverhoor met een bewarend karakter mag gelasten van een buitenlandse getuige die zich tijdelijk op het Nederlandse grondgebied bevindt, wanneer het verhoor door een belanghebbende partij wordt verzocht ten behoeve van een buitenlandse procedure.

77. Zie bijv. met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk, J. Wouters & C. Ryngaert, 'Litigation for Overseas Corporate Human Rights Abuses in the European Union: The Challenge of Jurisdiction', *George Washington International Law Review* (40) 2009, p. 949.

78. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 5 Brussel I-bis, aant. 2.

79. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 28 (MvT).

80. Ibid. Vgl. K.M. Clermont, 'Jurisdictional Salvation and the Hague Treaty', *Cornell Law Review* (85) 1999, p. 112.

81. *Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604, 619 (1990), (Scalia J., concurring).

82. *Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604, 629-640 (1990) (Brennan, J., concurring).

83. *In re Edelman*, 295 F.3d, 179-181 (2d Cir. Jul. 1, 2002). Zie voor de desbetreffende wetsbepaling titel 28 U.S.C. § Sec. 1782.

84. Zijn getuigplicht werd door het Hof van de regio New York in stand gehouden. De oproeping werd echter op grond van een andere reden ongeldig verklaard. Zie R.W. Scott, 'Minimum Contacts, No Dog. Evaluation Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery', *Minnesota Law Review* (88) 2004, p. 969, verwijzend naar *In re Application for Order Quashing Deposition Subpoenas*, dated July 16, 2002, No. M8-85, 2002 WL 1870084, 5 (S.D.N.Y. Aug. 14, 2002).

85. Volgens het hof diende de rechtbank, na het maken van een belangenafweging, uiteindelijk te bepalen of zo'n getuigenverhoor daadwerkelijk zou worden bevolen.

86. *In re Edelman*, 295 F.3d 171, 179 (2d Cir. 2002). Vgl. *Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604, 638-639 (1990) (Brennan, J., concurring).

87. Robinson 2011, p. 159.